ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)
28 de Março de 1996 *

No processo C-318/94,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Hendrik van Lier, consultor jurídico, e, inicialmente, por Angela Bardenhewer, a seguir por Claudia Schmidt, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

demandante,

contra

República Federal da Alemanha, representada por Ernst Röder, Ministerialrat no Ministério Federal da Economia, e Gereon Thiele, assessor no mesmo ministério, na qualidade de agentes, D-53107 Bona,

demandada,

que tem por objecto obter a declaração de que tendo o serviço das águas e da navegação de Emden adjudicado uma empreitada de obras públicas de dragagem do baixo Ems, entre Papenbourg e Oldersum, através de concurso por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias,* a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9), com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989 (JO L 210, p. 1),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: D. A. Edward, presidente de secção, J. C. Moitinho de Almeida, P. Jann (relator), L. Sevón e M. Wathelet, juízes,

advogado-geral: M. B. Elmer,
secretário: R. Grass,

visto o relatório do juiz-relator,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 8 de Fevereiro de 1996,

profere o presente

Acórdão

1 Por petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 6 de Dezembro de 1994, a Comissão das Comunidades Europeias intentou, nos termos do artigo 169.° do Tratado CE, uma acção que visa obter a declaração de que, tendo o serviço das águas e da navegação de Emden adjudicado a empreitada de obras públicas dos trabalhos de dragagem do baixo Ems, entre Papenbourg e Oldersum, através de concurso por negociação, sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias,* a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva

71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9), com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989 (JO L 210, p. 1, a seguir «directiva»).

2 Em Setembro de 1989, a pedido da cidade de Papenbourg, foi estudado o melhoramento do leito do baixo Ems para permitir a navegação de navios da classe denominada «Panama» com um calado de 6,80 m. Este aprofundamento era de grande importância económica para a região. Além disto, em 1990, o estaleiro naval Meyer-Werft, o maior empregador da região, comprometeu-se a entregar um navio desta classe em 18 de Fevereiro de 1992, o mais tardar. Estava prevista uma penalidade de 80 000 USD por dia caso este prazo não fosse cumprido. Ora, a entrega deste navio nessa data só podia verificar-se após conclusão das obras.

3 Por força da legislação alemã, os planos do projecto de aprofundamento do baixo Ems deviam ser objecto de um processo de aprovação que requeria, em especial, o acordo do governo civil da região de Weser-Ems. No final de Maio de 1991, data prevista para o termo do processo, o governo civil da região de Weser-Ems, que não havia anteriormente levantado nenhuma objecção, comunicou que não concordava com os planos do projecto por razões ecológicas. Foi então decidido prosseguir o processo no sentido de fazer aprovar apenas os planos da parte do projecto que consistiam em aprofundar, de forma provisória, o leito do rio para possibilitar a saída do navio construído pelo estaleiro naval Meyer-Werft. Os planos desse projecto parcial foram definitivamente aprovados em 15 de Agosto de 1991.

4 No entanto, o serviço das águas e da navegação de Emden (a seguir «serviço»), que pretendia atribuir a empreitada através de concurso público, enviou, em 15 de

Abril de 1991, um anúncio de informação prévia sobre as obras pretendidas, que foi publicado no suplemento do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, de 20 de Abril de 1991.

5 Tendo em conta o atraso verificado na aprovação dos planos, o serviço decidiu renunciar ao concurso público e adjudicar o contrato através de concurso por negociação, sem publicação de um anúncio prévio de concurso. O contrato foi adjudicado, nos termos deste processo, em 15 de Agosto de 1991.

6 Por notificação de 12 de Novembro de 1991, a Comissão iniciou contra a República Federal da Alemanha, em conformidade com o artigo 169.° do Tratado, um processo por incumprimento das obrigações do Tratado devido a violação das regras de adjudicação de contratos. Sublinhou que, neste caso, a escolha do concurso por negociação não era justificada pelo artigo 5.°, n.° 3, alínea c), da directiva. Numa comunicação de 6 de Março de 1992, o Governo federal contestou esta alegação.

7 No parecer fundamentado de 27 de Abril de 1993, a Comissão reafirmou o seu ponto de vista e convidou o Governo federal a adoptar as medidas necessárias para dar cumprimento a este parecer fundamentado e, nomeadamente, para suspender a adjudicação em causa, bem como qualquer contrato negociado nas mesmas condições, no prazo de dois meses a partir da notificação do parecer.

8 Na posição adoptada em 28 de Setembro de 1993, o Governo federal afirmou que devendo os trabalhos estar imperativamente concluídos até 18 de Fevereiro de 1992, data da entrega do navio, havia que iniciá-los o mais tardar em meados de

Agosto de 1991. Tendo em conta as dificuldades verificadas no processo de aprovação dos planos, não se podia recorrer ao concurso público que duraria, pelo menos, 72 dias.

9 Considerando a resposta não satisfatória, a Comissão intentou a presente acção.

10 Importa examinar se a República Federal da Alemanha podia, com base no artigo 5.°, n.° 3, alínea c), da directiva, adjudicar a empreitada em causa através de um concurso por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso. Conclui-se, de facto, desta disposição que:

«As entidades adjudicantes podem celebrar contratos de empreitada de obras públicas recorrendo ao concurso por negociação, sem publicação prévia de um anúncio de concurso, nos seguintes casos:

...

c) Na medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa, resultante de acontecimentos imprevisíveis pelas entidades adjudicantes em questão, não seja compatível com os prazos exigidos pelos concursos abertos, limitados ou por negociação referidos no n.° 2. As circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não devem, em caso algum, ser imputáveis às entidades adjudicantes...»

11 Antes de ser alterada pela Directiva 89/440, a Directiva 71/305 previa no seu artigo 9.°:

«As entidades adjudicantes podem adjudicar obras públicas sem aplicar as disposições da presente directiva, com excepção das do artigo 10.°, nos seguintes casos:

...

d) Na medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelas entidades adjudicantes não seja compatível com os prazos exigidos por outros processos...»

12 Na medida em que o artigo 5.°, n.° 3, alínea c), da directiva retoma os termos do antigo artigo 9.°, alínea d), importa interpretá-lo do mesmo modo.

13 Quanto a isto, o Tribunal de Justiça considerou que as disposições do artigo 9.° da Directiva 71/305, que autorizam derrogações às regras que visam garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado no sector das empreitadas de obras públicas, devem ser objecto de interpretação estrita, cabendo o ónus da prova de que se encontram efectivamente reunidas as circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se (acórdão de 18 de Maio de 1995, Comissão/Itália, C-57/94, Colect., p. I-1249, n.° 23).

14 O Tribunal de Justiça decidiu igualmente que a derrogação prevista pelo artigo 9.°, alínea d), da Directiva 71/305, ou seja, a dispensa da obrigação de publicar um anúncio de concurso, está subordinada à verificação de três condições cumulativas. Com efeito, pressupõe a existência de um acontecimento imprevisível, de uma

urgência imperiosa incompatível com os prazos exigidos por outros processos e, finalmente, de um nexo de causalidade entre o acontecimento imprevisível e a urgência imperiosa do mesmo decorrente (acórdão de 2 de Agosto de 1993, Comissão/Itália, C-107/92, Colect., p. I-4655, n.° 12). Se uma destas condições não está satisfeita, o recurso ao concurso por negociação não se justifica.

15 Segundo o Governo federal, o acontecimento imprevisível para as entidades adjudicantes consistia na recusa de aprovação manifestada, de forma totalmente imprevista, após a deliberação, pelo governo civil da região de Weser-Ems.

16 Este argumento não pode ser acolhido.

17 Importa sublinhar que, para ter em conta os interesses públicos e privados em causa durante o processo de aprovação do projecto de obras públicas, os Estados-Membros podem conferir às pessoas singulares ou colectivas potencialmente afectadas por um projecto certos direitos que as autoridades competentes devem respeitar.

18 O facto de uma entidade que deve dar o seu acordo a um projecto suscitar, antes da data-limite prevista para esse efeito, objecções por razões que têm direito a alegar constitui, portanto, um elemento previsível no desenrolar do processo de aprovação dos planos.

19 Consequentemente, a recusa do governo civil da região de Weser-Ems de dar o seu acordo ao projecto de dragagem do baixo Ems, obrigando assim as autoridades

competentes a alterá-lo, não deve ser considerado um acontecimento imprevisível para as entidades adjudicantes na acepção do artigo 5.°, n.° 3, alínea c), da directiva.

20 Conclui-se do que precede, e sem que haja que verificar se, no caso concreto, estão preenchidas as outras condições da derrogação, que, tendo o serviço das águas e da navegação do Emden adjudicado a empreitada de obras públicas de dragagem do baixo Ems, entre Papenbourg e Oldersum, através de um concurso por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989.

Quanto às despesas

21 Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas. Tendo a República Federal da Alemanha sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

decide:

1) **Tendo o serviço das águas e da navegação de Emden adjudicado a empreitada de obras públicas de dragagem do baixo Ems, entre Papenbourg e Oldersum, através de um concurso por negociação sem publicação prévia**

de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989.

2) A República Federal da Alemanha é condenada nas despesas.

Edward Moitinho de Almeida Jann

Sevón Wathelet

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 28 de Março de 1986.

O secretário

R. Grass

O presidente da Quinta Secção

D. A. O. Edward